

# *Derecho de la responsabilidad civil*



# Consentimiento informado y responsabilidad civil médica

FELIPE NAVIA ARROYO

SUMARIO: I. *Contenido del deber profesional del médico.* - II. *Alcance del deber de información.* - III. *Ausencia de información o información defectuosa.* - A. *Qué se debe informar al paciente.* - B. *Falta o defecto de la información y responsabilidad civil.* - C. *Perjuicio causado por la falta de información y nexo de causalidad.* - IV. *Falta de consentimiento.*

## I. CONTENIDO DEL DEBER PROFESIONAL DEL MÉDICO

El fundamento de la responsabilidad médica, como, en general, el de todas las responsabilidades profesionales, se encuentra en la culpa. Sin embargo, en este campo, la culpa no se reduce al error de conducta en que incurre el médico al no haber diagnosticado, tratado, operado o cuidado al paciente en la forma como lo hubiera hecho un patrón de referencia, esto es, un médico normal que, colocado en las mismas circunstancias en las que lo estuvo el agente del daño, actúa conforme a la reglas del arte (*lex artis*). Por la fuerza de las cosas, la actividad del médico se despliega sobre el cuerpo o la psiquis del paciente, lo que significa que, para actuar eficazmente, debe vulnerar, legítimamente claro está, derechos o libertades fundamentales de la persona, entre ellos el de la integridad física y el de la dignidad personal. Dicho con otras palabras, la culpa en la responsabilidad médica se desdobra en dos tipos de falta: o bien puede consistir en una falla de carácter técnico, o bien en la violación de un deber de humanidad para con el paciente<sup>1</sup>.

Los deberes de humanidad del médico surgen, entonces, del respeto que éste le debe al paciente en tanto que persona que sufre y que confía en el tratante. Puede decirse, en general, que son todos aquellos comportamientos sin los cuales la dignidad de la persona o el señorío que ésta tiene sobre su propio cuerpo resultan

1 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 24 de enero de 2002, Proceso de LUIS ALFREDO SÁNCHEZ y otros vs. Hospital Militar Central.

vulnerados<sup>2</sup>. La Ley 23 de 1981 se refiere a ellos, en forma genérica, en varios de los numerales en que se descompone la Declaración de Principios, contenida en su artículo 1.º. Así, por ejemplo, el ordinal 1.º dice que "el respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones *humanísticas* que le son inherentes"; y el ordinal 3.º señala que "el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los *derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad*" (resaltamos). Como se sabe, los deberes de humanidad son de muy variada índole: mantener el secreto profesional; consultar a un especialista cuando lo solicita el paciente; no intervenirlo quirúrgicamente de manera inútil, esto es, cuando la desproporción entre el riesgo y el beneficio que se espera obtener no justifica la operación; pero, por sobre todo, informar adecuadamente al paciente sobre el acto o actos médicos que se le van a practicar y obtener su consentimiento antes de ejecutarlos. No informar o informar de manera inadecuada y no obtener el consentimiento del paciente son, pues, dos culpas diferentes que comprometen la responsabilidad del médico o de la entidad que presta el servicio de salud. El artículo 15 de la Ley 23 de 1981 es tajante al respecto: "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente". En qué medida responde el médico o la entidad que presta el servicio y por qué perjuicios, son dos de los principales interrogantes que surgen en este campo y que trataremos de absolver, hasta donde nos sea posible, a lo largo de la exposición.

## II. ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Podría pensarse, en una primera aproximación al tema, que la información que el médico le debe al paciente es, simplemente, una exigencia normal y lógica en orden a obtener del paciente un consentimiento libre de vicios, esto es, para que la relación contractual que se forma entre ellos no se vea afectada por una causa de nulidad. Ello implicaría, *contrario sensu*, que cuando la prestación del servicio de salud se hace por fuera del marco contractual, el médico no estaría obligado a informar al paciente ni a obtener su consentimiento, mejor sería decir su asentimiento. En realidad ello no es así, pues el cumplimiento de estos dos deberes de humanidad se impone también cuando no hay vínculo contractual entre el paciente y el médico o la institución que presta el servicio de salud. En efecto, se trata, en el campo contractual, de algo más que de la simple obtención de un

2 Cfr. G. MEMETEAU. *Traité de la responsabilité médicale*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 1996, n.º 132.

consentimiento que permite, apenas, la celebración del contrato y que se agota en el momento en que se produce el encuentro de las dos voluntades; ese deber de informar adecuadamente y de obtener el consentimiento antes de practicar cualquier acto médico, se prolonga a lo largo de todo el tratamiento en la medida en que la información y el consentimiento iniciales se refieren sólo a los cuidados corrientes u ordinarios, de modo que cuando hay necesidad de sobrepasar ese marco de lo normal u ordinario, para continuar con el tratamiento es necesario informar sobre la nueva circunstancia y obtener un nuevo consentimiento del paciente referido a esa nueva circunstancia, so pena de que la responsabilidad del médico o de la institución que presta el servicio de salud quede comprometida.

Entre las razones para que ello sea así, se encuentra la de que el contrato "tiene por objeto la prestación de cuidados, cuya naturaleza e importancia están aún indeterminados al momento del primer intercambio de consentimientos. El objeto de la obligación del médico (proporcionar cuidados al paciente) está determinado, pero, en un sentido material inmediato, esos cuidados en sí mismos se determinan poco a poco. A medida que los cuidados se precisan, el derecho del paciente sobre su propio cuerpo impondrá una solicitud de asentimiento en el cuadro de un contrato definitivamente celebrado"<sup>3</sup>. Como puede verse no es sólo el objeto indeterminado pero determinable lo que exige informar y obtener un consentimiento distinto para cada acto médico que se practique sobre el paciente; se trata, por sobre todo, del respeto de un derecho fundamental, el que se tiene sobre el propio cuerpo. Y es esta circunstancia, precisamente, la que hace necesario el consentimiento informado del paciente también en el campo extracontractual.

Hay –dice el profesor JEAN PENNEAU– una ambigüedad en la significación del consentimiento al acto médico. En la óptica de la relación contractual que une –en la mayoría de los casos– al médico con el enfermo, es una condición indispensable para la formación del contrato. Pero, paralelamente a esta relación contractual, cuando ella existe, o en su ausencia, el consentimiento es, en una perspectiva de derecho público, el modo de expresión de una libertad fundamental de la persona: la de negarse –cualquiera que sea su estado patológico, y cualesquiera que sean las consecuencias de ese rechazo– a sufrir el menor menoscabo de su integridad corporal<sup>4</sup>.

El incumplimiento del deber de información así como la no obtención del consentimiento del paciente, tanto en el ejercicio privado de la profesión como en el sector público, con contrato o sin él, desencadenan la responsabilidad del médico, desde luego, siempre y cuando esa culpa produzca un daño y que haya entre los dos relación de causalidad. Esta consideración elemental impone un análisis separado de las hipótesis en que falta o se informa deficientemente al paciente, de aquellas en que falta su consentimiento.

3 Ibid., 115.

4 J. PENNEAU. *La responsabilité du médecin*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1996, 19.

### III. AUSENCIA DE INFORMACIÓN O INFORMACIÓN DEFECTUOSA

#### A. Qué se debe informar al paciente

Lo primero que ocurre preguntar es qué debe informarse al paciente. Es obvio que el médico debe ilustrarlo sobre la utilidad, los riesgos e incidentes previsibles de la intervención o del tratamiento que se propone adelantar, así como de las posibles consecuencias o efectos secundarios que esas actuaciones puedan tener sobre la salud del paciente. Con todo, jurisprudencia y doctrina han precisado el alcance de este deber, considerando, en primer lugar, y esto es lógico, que esa información puede hacerse en forma simple y aproximativa, siempre que sea completa y leal. Algunos llegan a sostener que no se trata de una posibilidad para el médico, sino de un deber<sup>5</sup>, pues de lo contrario, es decir si se utilizan términos demasiado técnicos, comprensibles apenas por los iniciados en la ciencia médica, en el fondo sería el médico el que impondría su voluntad al paciente. En realidad, lo que se busca es que el paciente pueda inclinarse, libremente y con plena conciencia de lo que hace, por la opción que quiera, para lo cual es obvio que debe comprender lo que el médico le está diciendo. Y en segundo lugar, que no se trata de dar al paciente una información exhaustiva que incluya, además de los riesgos normalmente previsibles, los cuales, por supuesto, deben ser explicados al paciente en forma completa, esto es, indicándole las posibles consecuencias del acto médico, así como de los incidentes que pueden presentarse durante la intervención y después de ella<sup>6</sup>, los riesgos extraordinarios e imprevisibles, salvo en algunos casos especiales, como, por ejemplo, el de la cirugía estética<sup>7</sup> y los procedimientos experimentales.

Excepción notable a la plenitud de la información que debe dársele al paciente, en los términos que se dejan señalados, es, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia foráneas, la del *privilegio terapéutico* de que goza el médico. Consiste en que éste puede ocultarle a su paciente la información, que en principio tendría que suministrarle, cuando por circunstancias de carácter psicológico, el conocer los riesgos o las implicaciones de un tratamiento o de una intervención quirúrgica afectaría sus posibilidades de éxito y de recuperación. Desde luego, hay que ser rigurosos en extremo cuando se trata de admitir esta derogación al deber de información, que, como hemos señalado, surge del deber de humanidad del médico. Como la aplicación de la ley en forma demasiado estricta puede ser injusta, y en este caso lo sería para el propio paciente, precisamente por razones de huma-

5 Tal es el caso de MEMETEAU. Ob. cit., 138.

6 En Francia, por ejemplo, se declaró la responsabilidad de un cirujano que no informó a su paciente del hecho de haber dejado en su lugar un pedazo del apéndice que estaba extirpando, a pesar de que, desde un punto de vista rigurosamente técnico, estaba plenamente justificada esa actuación.

7 Excepto en la cirugía estética de carácter reconstructivo, que se rige por la regla general.

nidad se admite que el médico guarde silencio, aun sobre los riesgos o peligros normales de un tratamiento o de una intervención quirúrgica, cuando su comunicación puede ser perjudicial o dar lugar a que el acto médico se torne ineficaz<sup>8</sup>. El profesor belga Y. THIRY señala categóricamente a este propósito: "el médico tiene la obligación de callar la información que amenazaría la moral del paciente o que lo inhibiría para aceptar una intervención necesaria"; en términos parecidos se pronuncia la profesora canadiense M. A. SOMERVILLE<sup>9</sup>; y la doctrina francesa, por su parte, afirma que "el derecho del enfermo a la verdad tiene por primer límite su capacidad para conocerla sin mayor daño. La fragilidad de ciertos enfermos es tal, que la revelación del diagnóstico puede, real y seriamente, agravar su estado. En tanto que esto sea así, el médico puede emplear con respecto a su paciente restricciones mentales y no revelar su diagnóstico sino a sus familiares"<sup>10</sup>. Se trata, pues, de una excepción justificada en la necesidad de conciliar los varios intereses que hay en juego: la confianza del paciente en su médico y el interés superior de su salud; por ello la gran mayoría de los autores que se ocupan del tema, rechazan la aplicación de este privilegio, cuando, simplemente, se oculta información para evitar que el paciente rechace un tratamiento o una operación que el médico juzga necesarios.

## B. Falta o defecto de la información y responsabilidad civil

Enunciado así, de manera muy general, el alcance del deber de información a cargo del médico, esto es, qué debe informar, cuándo debe hacerlo y en qué casos puede dejar de hacerlo, total o parcialmente, nos corresponde ahora tratar de concretar las diferentes hipótesis de responsabilidad civil que pueden surgir con ocasión de las situaciones específicas en que pueda hallarse colocado el médico. En efecto, es factible que el médico haya informado correctamente al paciente y que éste, luego de recibir tal ilustración, rechace el tratamiento; o que el médico, simple y llanamente, haya omitido el deber de informar o lo haya hecho en forma incompleta o deficiente, de modo que éste no haya podido expresar un consentimiento válido que justifique el acto médico. En este último caso, el resultado final de la omisión puede ser el de que el paciente mejore o se cure; o que su estado de salud se agrave e incluso que el paciente muera. Partiendo de la base de que el médico no incurre en ninguna culpa de carácter técnico, es decir, que se

8 Sobre este punto, cfr. P. LESSAGE-JARJOURA y S. PHILIPS-NOOTENS. *Éléments de responsabilité civile médicale*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2001, 155-156.

9 Afirma: "The doctrine of therapeutic privilege has been described as having such abroad operation that it is thought to apply when informing the patient will cause him to "become anxious and apprehensive and so nervous that he might be reluctant to go forward with a procedure that is necessary": Structuring the issues in informed consent, cit. por MEMETEAU. Ob. cit., 131.

10 Esta es la opinión de los decanos RENÉ SAVATIER y J. M. AUBY, que tomo, como la del profesor THIRY, de la obra de MEMETEAU. Ob. cit., 131 y 132.

comportó conforme a la *lex artis*, ¿qué daños debe indemnizar? ¿Perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales? ¿Sólo extrapatrimoniales? ¿La totalidad del daño final o sólo una parte de él, habida cuenta de la dificultad para establecer una relación de causalidad directa y necesaria entre la falta de información y la agravación del estado de salud o la propia muerte del paciente?

Es obvio que cuando el paciente, debidamente informado, rechaza el tratamiento y, como consecuencia de ello, se agrava su estado de salud o muere, no hay lugar a ningún tipo de responsabilidad a cargo del médico. Habría aquí, como lo explica muy bien MARÍA PATRICIA CASTAÑO DE RESTREPO, una ausencia total de vínculo de causalidad entre la información y el daño; dicho con otras palabras, el daño se explica aquí sólo por la conducta negativa del paciente, o sea que opera a las claras la causal de exoneración consistente en el hecho exclusivo de la víctima, y aun puede llegar a operar la excusa del hecho exclusivo de un tercero, cuando el llamado a dar el consentimiento no lo es el paciente sino quien lo representa<sup>11</sup>. Con todo, conviene anotar que para que opere esta causal de exoneración se requiere que a la culpa de la víctima no pueda agregarse la del médico. Esto significa que ante la negativa del paciente, el tratante no debe darse por vencido fácilmente, o sea que se exige al médico realizar su mejor esfuerzo en orden a obtener el consentimiento del paciente para un tratamiento que considera indispensable para la salud de éste. Por supuesto, el médico al hacerlo no debe caer en presiones indebidas, de aquellas que configurarían una fuerza y que viciarían un eventual consentimiento obtenido en tales condiciones. A este propósito, la jurisprudencia, en Francia, ha resuelto que el médico que acepta demasiado fácilmente la negativa del paciente a inyectarse la vacuna contra el tétano, debe responder por la totalidad de los daños que éste llegue a sufrir si la infección se produce; en cambio, el médico que, ante la negativa del paciente a recibir los cuidados necesarios que su enfermedad requería, decide, por sí y ante sí, suministrarle un tratamiento paliativo, es absuelto<sup>12</sup>.

Cuando el médico omite la información que le debe al paciente, o cuando la proporciona en forma incompleta, el tratamiento o los cuidados suministrados en tales condiciones pueden tener dos resultados: o bien el paciente se cura; o bien su estado de salud se agrava, o se produce una invalidez o su muerte. En el primer caso, podría pensarse que el médico no debe ser condenado a pagar ninguna indemnización, puesto que, siendo el resultado final benéfico para el paciente, faltaría el elemento daño, sin el cual no puede haber responsabilidad civil.

Con todo, lo cierto es que, al incumplir con ese deber de humanidad para con el paciente, el médico vulnera su dignidad como persona y la autonomía para

11 Cfr. M. P. CASTAÑO de RESTREPO. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Bogotá, Temis, 1997, 390.

12 Para una mayor información sobre este interesante asunto, remitimos a las obras, ya citadas, de PENNEAU, 21 y 22; de MEMETEAU, 117 a 119, y de LESAGE-JARJOURA et PHILIPS-NOOTENS, 173-180.



disponer de su propio cuerpo, lesiones que pueden proyectarse en sufrimientos o padecimientos, esto es, en un daño moral, que tendría que reconocérsele al paciente<sup>13</sup>. De optarse por esta solución entre nosotros, pensamos que si bien el juez cuenta con un amplio margen para fijar el monto de la indemnización, que como se sabe, dentro de las pautas señaladas por las altas Cortes, es de hasta quince millones de pesos en lo civil, y del valor equivalente, en moneda legal colombiana, de 100 salarios mínimos mensuales en lo contencioso administrativo, lo lógico sería condenar aquí al médico en forma apenas simbólica. Con ello se resalta la importancia de cumplir a cabalidad con el deber de información, a la vez que se tiene en cuenta, en una especie de compensación, el alivio, la alegría y el mejoramiento del estado de ánimo del paciente, como consecuencia lógica del resultado favorable del acto médico.

Cuando además de faltar o de ser deficiente la información, y dando por supuesto que no se ha incurrido en ninguna culpa de carácter técnico (el médico ha actuado conforme a la *lex artis*), el resultado final de la intervención o actuación médica es el empeoramiento en el estado de salud, una invalidez o la muerte del paciente, la tendencia general de la jurisprudencia ha sido la de condenar al médico o a la institución que ha prestado el servicio a pagar la totalidad del daño. Podría justificarse esta posición en dos consideraciones.

Una sería la de considerar que, en cuanto plenamente informado o mejor informado, el paciente habría rechazado un tratamiento u operación riesgosa o, simplemente, habría aceptado un manejo diferente de su caso, sin el riesgo que se le dejó de informar o con unos diferentes, posiblemente menos graves, es el médico quien debe asumir esos riesgos. Esta tesis fue sostenida en Francia en la década de los cincuenta por RENÉ SAVATIER y más recientemente por el profesor belga ROGER DALCQ. Incluso el profesor DESBOIS ha llegado a sostener que, si el daño se produce, el médico debe repararlo, por cuanto su silencio hace que opere, como en el caso de la mora<sup>14</sup>, una inversión en la carga del riesgo<sup>15</sup>. Pasa del paciente al médico. Aun cuando sin tomar partido por ella, esta tesis suscita el entusiasmo de CASTAÑO DE RESTREPO, quien incluso llega a afirmar que, en el fondo, esa fue la posición acogida por el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 15 de noviembre de 1995<sup>16</sup>. La tesis, en principio atractiva, por cuanto hace desaparecer el problema de la relación de causalidad, nos parece exagerada y hasta injustificada desde el punto de vista jurídico, porque el hecho de que el médico incurra en una culpa, y lo hace cuando deja de informar o informa mal, no significa que asuma, por esa sola circunstancia, el riesgo que su conducta pueda generar.

13 Esta es la posición, entre otros, de RENÉ SAVATIER y de JEAN CARBONNIER. Cfr. MEMETEAU. Ob. cit., 118-119.

14 Cfr. art. 1607 C. C.

15 Cfr. MEMETEAU. Ob. cit., 135.

16 Cfr. ibíd., 402.

En todo caso, y esta sería la segunda consideración a la que aludíamos con anterioridad, nos parece que la circunstancia de haberse negado al paciente la posibilidad de rechazar el acto médico que se le practicó o de decidirse por otro, opera como una de las condiciones equivalentes en la producción del daño y, en consecuencia, siendo suficiente, conforme a dicha teoría, con que una de esas condiciones le sea imputable al demandado para condenarlo a reparar la totalidad del perjuicio, ésta, y no otra, es la verdadera justificación de la responsabilidad total del médico por falta o insuficiencia de información. Por lo demás, estimamos que es en esta teoría en donde debe encontrarse el fundamento de la sentencia del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 1995, antes citada, pues en dicho fallo se tuvo en cuenta, para condenar a la Caja Nacional de Previsión, a más del hecho de no haberse probado por la demandada que la demandante "hubiera sido informada de la ocurrencia de tales lesiones (parálisis de las cuerdas vocales y disfonía) como un riesgo inherente a la tiroidectomía", la circunstancia de que la demandada no demostró haber actuado "conforme a los más estritos cánones de cuidado y diligencia en el manejo del paciente, antes, durante y con posterioridad a la intervención quirúrgica". Esto nos lleva a mirar con un poco más de detenimiento el punto neurálgico en esta materia, a saber, el de la relación de causalidad entre la falta de información y el daño final experimentado por el paciente.

### C. Perjuicio causado por la falta de información y nexos de causalidad

Es evidente, por lo menos a primera vista, que si con ocasión de un tratamiento o de una intervención quirúrgica, el estado de salud del paciente se agrava o concluye en su muerte, la respuesta a la pregunta de por qué se produjo tal resultado no puede ser otra que la de que, o bien el médico incurrió en una falla técnica, y entonces este sería el fundamento de su responsabilidad, o bien, a pesar de una actuación médica perfectamente ajustada a la *lex artis*, la agravación o la muerte se deben a la evolución o complicación natural de la enfermedad, o a cualquiera otra causa extraña al médico. La falta de información o la información incompleta no son, entonces, la verdadera explicación del daño final; operan apenas como una causa indirecta del mismo, insuficiente para imputarle responsabilidad al médico<sup>17</sup>. ¿Será correcto, y sobre todo justo, dar una respuesta así de tajante? ¿No hay matices? En orden a profundizar en el análisis, y retomando las precisas palabras empleadas por el profesor JEAN PENNEAU, conviene preguntarse: "cuál es el verdadero perjuicio causado por la falta de información? ¿Puede considerarse que en todas las hipótesis la falta de información está en relación de causalidad con el

17 Tal fue, cabalmente, la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en un interesante pronunciamiento del 9 de agosto de 1991, cuyos apartes relevantes transcribe CASTAÑO DE RESTREPO. Ob. cit., 63.

perjuicio resultante del accidente médico (por supuesto descartando toda culpa técnica)"<sup>18</sup>?

La respuesta dada a estos interrogantes por la jurisprudencia y doctrina francesas, al menos hasta cuando se admitió jurisprudencialmente la teoría de la pérdida de la oportunidad de curación o de sobrevivir, muy criticada ésta por un sector importante de la doctrina, fue la siguiente: si el tratamiento o la intervención son absolutamente necesarios, ineluctables, no debe admitirse la relación de causalidad entre la falta de información y el daño corporal experimentado por el paciente, puesto que debe suponerse que éste, mejor informado, se habría resignado a sufrir el acto médico. En consecuencia, como se parte de la base de que no hubo ninguna culpa técnica, toda responsabilidad del médico por el daño físico o corporal debe ser descartada. Debe, en cambio, condenársele a pagar, porque aquí sí es posible establecer el vínculo de causalidad directo, el daño moral, en su dimensión psicológica (se le privó de la oportunidad de prepararse para el tratamiento); por el contrario, debe descartarse, dado el carácter ineluctable de la intervención, el daño consistente en la modificación en las condiciones de existencia —entre nosotros, al menos para el caso de responsabilidad pública, habría que hablar de daño a la vida de relación<sup>19</sup>—; y, eventualmente, habría que reconocer ciertos perjuicios de carácter patrimonial, por ejemplo, cuando el paciente, mejor informado, habría podido escoger, para la práctica de la necesaria intervención, una época distinta, en la que el costo, por ejemplo, de la incapacidad temporal fuese menor.

En cambio, si la intervención no tiene carácter ineluctable, es evidente que al no informarse al paciente o al hacerlo deficientemente, se le está privando de la posibilidad de rechazar el tratamiento, de negarse a asumir los riesgos inherentes a la operación. En consecuencia, aquí es dable pensar que la causa exclusiva del daño final (recuérdese que partimos del supuesto de ausencia de culpa técnica y de la falta de prueba de una causa extraña) es esa falta de información y el médico, por lo tanto, debe ser condenado a repararlo en su totalidad.

Como se mencionó atrás, la Corte de Casación francesa parece haber abandonado el esquema que dejamos explicado, para inclinarse por la teoría de la pérdida de una oportunidad de curación o de sobrevivir. Consideró, en efecto, a mediados de la década de los noventa del siglo pasado, "que la falta de información que se le reprocha al médico, solamente priva al enfermo de una oportunidad de escapar, mediante una decisión tal vez más sensata, al riesgo que finalmente se realizó, pérdida que constituye un perjuicio distinto de los daños corporales"<sup>20</sup>. Como puede verse a las claras, aquí el daño que se indemniza no es el final, o sea

18 *Ibíd.*, 34.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de julio de 2000.

20 PENNEAU. *Ob. cit.*, 35-36.

la invalidez o la muerte del paciente, sino otro diferente, la pérdida de la oportunidad, rubro independiente, que debe evaluarse por el juez como una proporción del valor del daño que finalmente se produjo. Y esta es la posición por la que parece inclinarse el Consejo de Estado en varios pronunciamientos recientes de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Para sólo mencionar uno de los más conocidos, en la sentencia del 24 de enero de 2002 dijo lo siguiente:

En el caso *subjudice*, se recopilaron elementos que conducen a evidenciar a la vez, la diligencia y cuidado, pero en cambio la omisión en la debida e ilustrada información a que tenía derecho el paciente [...] En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de *condenarse* a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por *[sic]* la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no<sup>21</sup>.

¿Debe aprobarse esta tendencia? Consideramos que no, por las siguientes razones: en primer lugar porque, como acertadamente lo señala JEAN PENNEAU<sup>22</sup>, se trata de resolver un problema de causalidad en términos de perjuicio. Dicho con otras palabras, cuando el juez no está seguro de si la culpa médica, técnica o por violación de un deber de humanidad, está conectada con la agravación del estado de salud, la invalidez o la muerte del paciente, que es el perjuicio que realmente se causa aquí, pero a la vez también es evidente que hubo una culpa y se intuye, se repite: sin estar seguros de ello, que ésta contribuyó de alguna manera en el resultado final, debe condenarse al médico a pagar algo, en el fondo a asumir parte del perjuicio sufrido por el paciente. Mas como es evidente que en ésta hipótesis, aun con apoyo en la teoría de la equivalencia de las condiciones, dada la duda sobre la existencia del vínculo de causalidad, no sería justo condenarlo a indemnizar la totalidad del daño final, se crea otra categoría de perjuicio, la de pérdida de una oportunidad, para condenarlo a pagar solamente una parte del daño experimentado por el paciente. Clarísimo al respecto resulta el fallo del Consejo de Estado del 10 de febrero de 2000<sup>23</sup> en el que se dijo:

Estas circunstancias permiten pensar que el proceso séptico no se encontraba muy avanzado cuando J. D. ingresó al hospital Ramón González Valencia, por lo que su diagnóstico y tratamiento oportunos habrían podido cambiar radicalmente el curso de los acontecimientos. Y aunque dada la gravedad de la situación en ese momento,

21 Exp.12706, proceso de LUIS ALFREDO SÁNCHEZ y otros *vs.* Hospital Militar Central. En un fallo anterior, Exp. 11878, del 10 de febrero de 2000, había contemplado la frustración de la oportunidad de sobrevivir.

22 PENNEAU. Ob. cit., 32.

23 *Supra*, nota 20.

no podría asegurarse que la muerte del paciente no se hubiera producido, es indudable, en opinión de la Sala, que la conducta omisiva del hospital disminuyó notablemente sus oportunidades de sobrevivir. En otras palabras, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandada y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance de sobrevivir. Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de la probabilidad de sanar.

Como en *Hamlet: to be or not to be*. Una de dos: o existe relación de causalidad y, entonces, el médico debe ser condenado a pagar la totalidad del daño final; o no existe y, entonces, debe ser absuelto. Esta es la conclusión que se impone si se acepta, como ha venido haciéndose, la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ahora bien, si se replica que no es justo cargar al médico con la totalidad, cuando se intuye, repito: porque no se sabe, que su culpa pudo contribuir parcialmente a la producción del daño, entonces debe abordarse el problema de frente: abandonar la teoría de la equivalencia de las condiciones y aceptar en esta materia la de la causalidad adecuada, con todas las dificultades que le son inherentes y que hacen que sea tan difícil llevarla a la práctica.

Lo que sí no debe hacerse, y esta es una segunda razón para criticar esta tendencia jurisprudencial, es crear una nueva categoría de perjuicio, la de probabilidad de sanar o de sobrevivir, que simplemente no existe. Y no existe por la muy simple razón de que el proceso se desarrolló hasta el final; la probabilidad o el chance suponen que un proceso normal se interrumpa, de modo que no puede saberse si el resultado final se habría dado o no. En el ejemplo clásico del caballo de carreras, éste no corrió, pero tenía oportunidad de ganar la carrera; aquí el perjuicio consiste en que el proceso se interrumpió, en que no pudo transcurrir hasta el final. En cambio en el caso de pérdida de oportunidad de sobrevivir o de curarse, el proceso se desarrolló en su totalidad, llegó al final, puesto que se produjo la muerte o el estado de salud del paciente no mejoró. De lo que se trata, insistimos en ello, es de saber en qué medida la falta de información causó el perjuicio final, cuya indemnización es la que se busca en el proceso.

En fin, una tercera razón para no inclinarse por esta posición, sería la de decir que, puesto que toda culpa, aun la más mínima, le hace perder al paciente una oportunidad de curarse o de sobrevivir, habría que condenar sistemáticamente a los médicos<sup>24</sup>, lo cual no sólo revolucionaría el régimen de responsabilidad médica, sino que tendría efectos negativos en el ejercicio de la profesión.

En conclusión, el problema de relación de causalidad por falta de información debe resolverse con el dilema equivalencia de las condiciones o causalidad

24 En el mismo sentido PENNEAU. Ob. cit., 33.

adecuada, y no con la invención de un perjuicio imaginario denominado probabilidad de sanar.

Vista la proyección que en el campo de la responsabilidad tiene la falta o el defecto de información, es el momento de examinar la otra cara de la moneda: la falta de consentimiento.

#### IV. FALTA DE CONSENTIMIENTO

Partimos de la base de que el paciente ha sido debidamente informado, pese a lo cual el médico, o la institución que presta el servicio de salud, actúa sin haber obtenido previamente su consentimiento. Analizaremos esta hipótesis de manera somera, evocando las tres situaciones particulares que pueden presentarse aquí, a saber: el paciente es capaz y se encuentra consciente antes de la actuación, el paciente es capaz, pero se halla inconsciente en el momento en que el médico interviene; y el paciente es incapaz<sup>25</sup>.

Cuando el paciente es capaz y está consciente, es obvio que el médico debe recabar no sólo su consentimiento, para que el contrato se entienda celebrado, con lo que la voluntad del enfermo se agotaría en ese momento, sino un asentimiento particular antes de llevar a cabo cualquier acto médico, tal como se explicó al comienzo de esta exposición. De no hacerlo, incurriría en una culpa, en una falta contra los deberes de humanidad que le debe al paciente, y su responsabilidad quedaría comprometida, en forma análoga a lo que ocurre cuando no se lo informa o se lo informa deficientemente, de modo que aquí resultan aplicables todas las consideraciones que hicimos en la sección I de esta exposición. En particular lo referente al rechazo por el paciente de los cuidados médicos luego de haber recibido la información completa, con la distinción de si el tratamiento tiene o no tiene éxito.

Puede suceder que el paciente sea capaz, pero se encuentre en estado de inconciencia al momento de requerirse su asentimiento para realizar determinado acto. El caso más frecuente es el del cirujano, autorizado por el paciente para llevar a cabo una determinada intervención, de acuerdo con el diagnóstico que se ha hecho de su enfermedad, que se encuentra, en el trámite de la misma, con que es necesario hacer, sin dilación, otra intervención o ampliar la que se está haciendo, por ejemplo cuando aparece un tumor maligno no diagnosticado previamente. ¿Debe concluir la intervención dentro de los límites precisos de la autorización con la que cuenta, cerrar al paciente, esperar a que despierte y, una vez en ese estado, informarle de la nueva situación y obtener el asentimiento para llevar a cabo la nueva intervención que su estado de salud requiere? O, por el contrario, puede proceder directamente, sin nuevas consultas, partiendo de la base de

25 Cfr. MEMETEAU. Ob. cit., 116-126.

que la autorización para la primera intervención supone un consentimiento tácito para la otra?

Esta posibilidad representa, a todas luces, una ventaja para el paciente, en la medida en que se le ahorran los riesgos de una nueva anestesia y de una nueva cirugía, así como incurrir en mayores gastos. Menores riesgos y menores costos permitirían, razonablemente, suponer que si el paciente se hubiera encontrado en estado de conciencia, habría autorizado la ampliación de la intervención del médico, circunstancia que justificaría la acción directa del médico. Sin embargo, una presunción irrefragable en tal sentido equivaldría a dejar de lado el necesario respeto por la dignidad y la autonomía del paciente, quien perfectamente podría negarse a someterse a la intervención, aun si ella es absolutamente indispensable para su salvación. Esta consideración impondría la conclusión de que el médico nunca puede actuar directamente; que debe esperar a que el paciente recupere el conocimiento para solicitar su autorización y que si no lo hace, es plenamente responsable de los daños que pueda sufrir: morales y patrimoniales, en caso de mejoría; corporales, morales, a la vida de relación y patrimoniales en caso de agravación, invalidez o muerte, tal como lo vimos al examinar la hipótesis de rechazo del tratamiento, una vez recibida la información pertinente.

No obstante, la posición de la doctrina y de la jurisprudencia no es tan tajante, pues se admite que cuando el aplazamiento de la intervención puede implicar riesgos graves para el paciente; cuando la actuación, en interés del paciente, no da espera; cuando es necesario actuar inmediatamente para evitar complicaciones graves, o cuando el estado de salud del paciente no permite someterlo a una nueva cirugía<sup>26</sup>, el médico puede proceder sin obtener previamente el consentimiento del paciente. Y, por supuesto, salvo comprobación de una culpa técnica, no responde de los perjuicios sufridos por éste. ¿Cuál sería la justificación jurídica de esta excepción? No otra que el estado de necesidad: el médico defiende un derecho ajeno (el derecho a la vida del paciente) contra un peligro inminente, sacrificando otro derecho (dignidad y autonomía del paciente), que debe ceder ante aquél.

Por último, cuando el paciente es incapaz (menor o adulto), debe obtenerse el consentimiento de quienes lo representan. Los padres, en ejercicio de la patria potestad, el tutor o curador, según sea el caso. El análisis de cada una de las situaciones particulares que pueden presentarse aquí es muy amplio y desborda el alcance de esta exposición. Bástenos con decir que en este campo capacidad legal y capacidad médica no coinciden necesariamente; que se habla de una capacidad

26 Cfr. *ibíd.*, 120-121; PENNEAU. Ob. cit., 21; LESAGE-JARJOURA et PHILIPS-NOOTENS. Ob. cit., 173. El artículo 15 de la Ley 23 de 1981 apunta en el mismo sentido: "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente" (resaltamos).

de hecho, para significar que el consentimiento de ciertos incapaces legales debe ser obtenido, y aun prevalecer sobre el de sus representantes legales, cuando poseen aptitud para comprender la información que se les suministra, verbigracia el menor mayor de 14 años o el disipador adulto; en fin, que a falta de los representantes legales, deberá buscarse el consentimiento de un "allegado", como lo dice el artículo 14 de la Ley 23 de 1981.